

# 독일법상 의료행위 개념

이 석 배\*

- I. 대법원의 의료행위 개념과 문제점
- II. 독일 연방의사법(Bundesärzteordnung: BÄO)
  - 1. 의사의 임무
  - 2. 의사의 직업명칭 사용
  - 3. 독일 연방의사법상 무면허의료행위와 직업명칭 모용
- III. 독일 치료사법(Heilpraktikergesetz: HeilprG)
  - 1. 의료행위의 허가유보
  - 2. 의료행위의 개념
- IV. 독일 의료관련법상 무허가의료행위
  - 1. 의료관련법 무허가의료행위 규정
  - 2. 판례가 제시하는 의료행위 판단기준
- V. 나가며
- VI. 덧붙여 - 독일의 타투 규율과 관련하여

## I. 대법원의 의료행위 개념과 문제점

우리나라의 실정법 어디에도 “의료행위”의 개념은 규정되어 있지 않다. 다만 「의료법」상 무면허의료행위죄의 해석을 통해서 간접적으로 정립되어 왔다. 무면허의료행위는 면허없이 의료행위를 하는 것을 의미한다.

면허는 국가에 의한 제도적인 것일 뿐, 면허없이 하면 안 되는 행위를 정의하려면 면허가 허용하는 범위가 정해져야 하는데 이에 대하여도 명확한 규정이 없다. 그래서 의료행위를 할 수 있는 의사 등 의료인 면허는 없지만 이와 인접

\* 논문접수: 2023. 6. 11. \* 심사개시: 2023. 6. 13. \* 게재확정: 2023. 2023. 6. 27.

\* 단국대학교 법과대학 법학과 교수, 법학박사.

한 수많은 직업영역들, 예컨대 심리상담사, 음악치료사, 미술치료사, 피부관리사, 스포츠마사지사 등등의 영역들은 회색지대에 놓이게 된다.

대법원은 과거에 의료행위를 “질병의 치료”를 위한 행위로 한정하여 “신체의 병적 증상이나 기능적 결손을 전제하지 않는 의학기술적 조치를 의료행위에 포섭하지 않는다”고 해석하기도 했지만,<sup>1)</sup> 1974년의 전원합의체 판결에서 미용성형행위를 ‘질병의 치료행위의 범주’에 포함된다고 보고, 이를 의료행위로 보아야 한다고 입장을 변경하였다. 현재는 그 입장을 유지하여 “의료행위”를 “의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진료, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 시술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 및 그 밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위”를 말한다고 판시하고 미용성형분야도 의료행위의 영역에 포함되는 것으로 보고 있으며, 대법원은 물론 헌법재판소도 “보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위”까지 의료행위에 포함되는 것으로 해석하고 있다.<sup>2)</sup> 이 표현상 당연히 추상적 위헌범

- 1) 특히 성형수술에 대해 과거 대법원은 “곰보수술, 쌍눈꺼풀, 콧날세우기 등의 미용성형 수술은 의료의 기초적이고 초보적인 행위이기 때문에 일반의사든지, 치과의사든지 간에 메스를 넣고 치료할 수 있는 기술을 가진 사람이라면 누구나 할 수 있는 행위이기는 하지만 질병의 예방 또는 치료행위가 아니므로 의학상 의료행위에 속하는 것이라 할 수 없으므로 따라서 치과의사는 물론 일반의사도 위와 같은 미용성형 수술을 그들의 본래의 의료행위로서 실시하는 것이 아님이 명백하다.”고 하여 이를 의료행위로 볼 수 없다고 판시했었다(대법원 1972. 3. 28. 선고 72도342판결 등 참고).
- 2) 대법원 1974. 11. 26. 선고 74도1114 전원합의체 판결; 대법원 1978. 5. 9. 선고 77도2191 판결; 대법원 1981. 12. 22. 선고 80도2974 판결; 대법원 1985. 5. 28. 선고 84도2135 판결; 대법원 1986. 10. 14. 선고 86도1678 판결; 대법원 1987. 11. 24. 선고 87도1942 판결; 대법원 1992. 5. 22. 선고 91도3219 판결; 대법원 1993. 8. 27. 선고 93도153 판결; 대법원 1999. 3. 26. 선고 98도2481 판결; 대법원 2000. 2. 22. 선고 99도4541 판결; 대법원 2000. 2. 25. 선고 99도4542 판결; 대법원 2000. 8. 22. 선고 2000도2644 판결; 대법원 2001. 7. 13. 선고 99도2328 판결; 대법원 2001. 12. 28. 선고 2001도6130 판결; 대법원 2002. 6. 20. 선고 2002도807 전원합의체 판결; 대법원 2002. 10. 25. 선고 2002다48443 판결; 대법원 2002. 12. 26. 선고 2002도5077 판결; 대법원 2003. 9. 5. 선고 2003도2903 판결; 대법원 2004. 4. 27. 선고 2004도673 판결; 대법원 2004. 10. 28. 선고 2004도3405 판결; 대법원 2005. 8. 19. 선고 2005도4102 판결; 대법원 2005. 6. 10. 선고 2005도2740 판결; 대법원 2005. 9. 9. 선고 2005도4015 판결; 대법원 2007. 2. 8. 선고 2006도8889 판결; 대법원 2007. 6. 28. 선고 2005도8317 판결; 대법원 2007. 7. 26. 선고 2005도5579 판결; 대법원 2009. 5. 14. 선고 2007도5531 판결; 대법원 2009. 10. 29. 선고 2009도4783 판결; 대법원 2010. 5. 27. 선고 2006도9083 판결; 대법원 2012. 5. 10. 선고 2010도5964 판결; 대법원 2014. 1. 16. 선고 2011도16649 판결; 대법원 2016. 7. 21. 선고 2013도850 전원합의체 판결; 대법원

으로 해석할 수밖에 없다.<sup>3)</sup> 이렇게 의료행위 개념을 폭넓게 인정하다 보니 시술을 받는 사람이 전혀 의료행위라는 생각을 하지 않는 행위까지 의료행위 개념에 포함하게 되었다.

이 의료행위 개념이 너무 포괄적이어서 의사를 수식하는 “의학적 전문지식을 가진”, “보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위”라는 두 개의 표현은 상호연결개념으로 의료행위는 “의료인이 하지 않으면 안되는 행위”, 즉 “의료인만이 할 수 있는 행위”가 된다. 이 안에 개념정의는 없으며 의료행위는 의료인만 할 수 있는 행위이고, 의료인은 면허로 의료행위를 독점하는 사람이라는 순환논증에 빠져있다.<sup>4)</sup> 의료행위 개념이 확정되어야 의료인 면허 없이 그 행위를 하는 행위가 되어 「의료법」 제27조제1항과 제87조의2제2항제2호에 따른 무면허의료행위에 해당하게 된다. 하지만 의료인만 할 수 있는 행위를 면허없이 했다는 구성요건은 그 자체가 너무 추상적이어서 명확성의 원칙에 위배될 수 있다.<sup>5)</sup> 또한 의료행위 개념이 넓게 인정되면 무면허의료행위로 처벌되는 대상 행위가 그만큼 넓어지기 때문에, 사소한 위험만으로도 면허가 없는 자는 할 수 없는 행위로 금지하게 되면 비례성의 원칙, 특히 과잉금지의 원칙에도 위배될 수 있다.<sup>6)</sup> 이러한 비판을 피하기 위해서는 현재 대법원의 의료행위 개념을 축소해석할 필요성이 있지만, 자칫 그 축소해석이 공중(公衆)의 안전보호라는 무면허의료행위 처벌 규정의 입법목적을 충족하지 못하는 법의 공백이

---

2018. 6. 19. 선고 2017도19422 판결 등. 또한 헌법재판소 2007. 4. 26. 선고 2003헌바71 결정; 헌법재판소 2007. 11. 29. 2006헌마876 결정; 헌법재판소 2010. 7. 29. 선고 2008헌가19, 2008헌바108, 2009헌마269, 736, 2010헌바38, 2010헌마275(병합) 결정; 헌법재판소 2013. 11. 28. 선고 2011헌마652 결정; 헌법재판소 2014. 8. 28. 선고 2013헌마514 결정; 헌법재판소 2016. 9. 29. 선고 2015헌바325 결정 등.

3) 생명과 신체에 대한 구체적인 결과가 발생하는 경우는 형법에 의해 규율이 가능하기 때문에 의료법상 대부분의 금지행위는 추상적 위험범으로 규정하고 해석할 수밖에 없다.

4) 이 순환논증에 대해 자세한 것은 이상돈, “의료 개념의 법사회학적 구성”, 영남법학(제27호), 2008, 101, 102면 이하.

5) 같은 취지로 헌법재판소 2007. 11. 29. 2006헌마876 결정 조대현 재판관의 반대의견 참고.

6) 같은 취지로 헌법재판소 2007. 11. 29. 2006헌마876 결정 조대현 재판관의 반대의견; 헌법재판소 2014. 8. 28. 선고 2013헌마514 결정 이정미 재판관, 서기석 재판관 반대의견 등 참고. 또한 BVerwGE 35, 308, 311 = NJW 1970, 1987, 1988; NJW 1973, 579 참고.

나타날 수 있는 위험성도 함께 가지고 있다. 그래서 현재의 의료행위 개념을 일괄적인 축소가 아니라, “의료인 아닌 자가 의료행위를 함으로써 발생할 수 있는 사람의 생명, 신체나 공중위생상의 위험을 방지”<sup>7)</sup>한다는 입법목적에 따라 축소해석할 수 있는 기준이 필요하다.

물론 대법원의 견해처럼 “기술부위나 기술방법 등에 있어서 예로부터 동양 의학으로 전래되어 내려오는 체침의 경우와 현저한 차이가 있고, 일반인들의 인식도 이에 대한 관용의 입장에 기울어져 있으므로, 이러한 사정과 함께 기술자의 기술의 동기, 목적, 방법, 횟수, 기술에 대한 지식수준, 기술경력, 피기술자의 나이, 체질, 건강상태, 기술행위로 인한 부작용 내지 위험발생 가능성 등을 종합적으로 고려하여 구체적인 경우에 있어서 개별적으로 보아 법질서 전체의 정신이나 그 배후에 놓여 있는 사회윤리 내지 사회통념에 비추어 용인될 수 있는 행위에 해당한다고 인정되는 경우에는 형법 제20조 소정의 사회상규에 위배되지 아니하는 행위로서 위법성이 조각된다”고 보기도 한다.<sup>8)</sup> 하지만 여러 가지 사유를 ‘종합적’으로 판단하는 ‘사회상규’의 경우 우리 법원의 적용례가 명확하지 않고, 특히 「보건범죄단속법」에서 ‘영리목적’의 무면허의료행위를 무겁게 처벌하고 있는 상황을 고려하면 의료행위로 판단된 행위가 ‘영리목적’으로 이루어졌을 때, 무면허의료행위에 해당하지만 ‘사회상규에 위배되지 않는 행위’로 판단된 사례를 찾기 어렵다. 또한 형법상의 범죄판단에서 헌법이 보장한 자유의 행사가 구성요건에 해당한다고 해석된다면 그 법률이 위헌적이라고 생각한다. 따라서 허용되는 자유영역이라면 구성요건의 축소해석을 통해 구성요건해당성 배제로 다루어져야 한다.

이 글은 현재 의료행위 개념을 축소해석할 수 있는 기준을 제시하기 위해서 독일을 중심으로 의료행위 개념에 대한 법제와 학설, 판례 등을 검토하여 그 대안을 모색해보기로 한다.

7) 의료를 생각하는 변호사 모임 - 서영현, 의료법주석서(2020), 175면; 백경희, “의료인의 면허 외 의료행위에 대한 형사적·행정적 책임에 관한 고찰”, 사법(제30호), 2014, 191, 197면 이하.

8) 대법원 2000. 4. 25. 선고 98도2389 판결(수지침 사례); 이상돈·김나경, 의료법, 2009.

## II. 독일 연방의사법(Bundesärzteordnung: BÄO)

### 1. 의사의 임무

독일 「연방의사법」은 “의사”의 개념을 규정하고 있지는 않다. 다만 이 법 제1조<sup>9)</sup> 제1항에서 의사는 개인과 전체 인민(Volk)의 보건에 봉사하는 것을 임무로 한다고 규정하고 있다. 이에 따라 명백하게 의사는 공공에 대하여 의무를 부담한다.<sup>10)</sup> 여기서 봉사(Dienen)이라는 용어를 사용한 이유는 개인과 인민의 건강을 개인의 이익보다 아래 가치로 두고 행동하지 말라는 단순한 의미가 아니라, 의사의 행위는 진료비에 대한 의료의 제공이라는 쌍무계약관계가 아니라 환자와 신뢰형성을 기초로 환자의 필요와 이익이 기준이어야 한다는 표현이다.<sup>11)</sup> 그래서 의사는 돈벌이 의도, 수익성 고려에 따라 행동하면 안 되고 오로지 환자에게 도움을 준다는 목표를 가지고 의학적 적응증에 따라 행동해야 한다.

아울러 이 법 제1조제2항은 직업으로 의사는 (영리) 자영업자가 아니고 그 본성에 따를 때 변호사, 엔지니어, 감리와 같은 (전문직) 자유업으로 정의하고 있다. 이 점은 「(전문직) 자유업 회원의 협회에 관한 법률: 약칭 협회법 (Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freier Berufe: Partnerschaftsgesellschaftsgesetz - PartGG)」 제1조제1항도 명문으로 의사는 (전문직) 자유업임을 규정하고 있다.<sup>12)</sup> (전문직) 자유업으로서 의사의 직

9) **BÄO § 1 [Aufgaben]** (1) Der Arzt dient der Gesundheit des einzelnen Menschen und des gesamten Volkes.

(2) Der ärztliche Beruf ist kein Gewerbe; er ist seiner Natur nach ein freier Beruf.

10) *Haage*, Bundesärzteordnung, 2.Online-Aufl. (2016), § 1 Rn. 1; *Spickhoff/Schelling*, Medizinrecht, 3.Aufl. (2018), §1 BÄO Rn. 1.

11) *Spickhoff/Schelling*, Medizinrecht, 3.Aufl. (2018), § 1 BÄO Rn. 3.

12) 「협회법」은 제1조제1항제2문에서 (전문직) 자유업은 (영리) 자영업이 아니라고 규정하고, 제2항제1문에서 개인적, 전문적으로 자기책임하에 독립적으로 의뢰인과 공공의 이익에 서비스를 제공한다고 규정하고 의사, 치과의사, 치료사 등 의료관련업을 (전문직) 자유업으로 명시하고 있다.

**PartGG § 1 [Voraussetzungen der Partnerschaft]** 1) Die Partnerschaft ist eine Gesellschaft, in der sich Angehörige Freier Berufe zur Ausübung ihrer Berufe zusammenschließen. Sie

무수행은 영리행위와 다른 전형적인 특징은 의뢰인과 공공의 이익을 위해 특별한 전문 자격이나 창조적 재능을 기반으로 한층 더 높은 서비스를 개인적, 자율적, 전문적으로 독립적으로 자기책임 하에 제공한다는 점이다. 특히 여기서 한층 더 높은 서비스의 제공은 그 서비스 제공의 동기가 자신의 영리적 이해관계에 우선 순위를 두는 (영리)자영업과 달리 의뢰인과 공공의 이익에 있다는 점이다.<sup>13)</sup>

「연방의사법」 제1조제1항과 제2항을 종합하면 이타적인 동기가 의사의 행위를 결정해야 한다는 것은 이미 개인 또는 전체 인민의 보건을 위해 봉사해야 한다는 제1항의 규정을 통해서 근거 지을 수 있고, 이것은 어떤 형태로 직무를 수행하는지와는 무관하다.

의사가 (전문직) 자유업이라는 표지는 중요한 의미가 있다. 환자의 복리를 지향하는 것은 의사 자신의 이익을 뒤로해야 하는 것뿐만 아니라 제3자의 영향으로부터 최대한의 자유보장을 조건으로 한다. 그래서 의사는 자신의 결정에서 의사가 아닌 사람의 지시를 받아서는 안 되며<sup>14)</sup> 서비스나 처방의 대가로 금전이나 편익을 제공받아서도 안된다.<sup>15)</sup> 그래서 의사의 양심에 따른 결정이 중요하고 특정한 의료행위나 약물치료를 강요받거나 의무로 부과해서는 안된다.

---

tübt kein Handelsgewerbe aus. Angehörige einer Partnerschaft können nur natürliche Personen sein.

2) Die Freien Berufe haben im allgemeinen auf der Grundlage besonderer beruflicher Qualifikation oder schöpferischer Begabung die persönliche, eigenverantwortliche und fachlich unabhängige Erbringung von Dienstleistungen höherer Art im Interesse der Auftraggeber und der Allgemeinheit zum Inhalt. Ausübung eines Freien Berufs im Sinne dieses Gesetzes ist die selbständige Berufstätigkeit der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Heilpraktiker, Krankengymnasten, Hebammen, Heilmasseure, Diplom-Psychologen, Rechtsanwälte, Patentanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, beratenden Volks- und Betriebswirte, vereidigten Buchprüfer (vereidigte Buchrevisoren), Steuerbevollmächtigten, Ingenieure, Architekten, Handelschemiker, Lotsen, hauptberuflichen Sachverständigen, Journalisten, Bildberichterstatter, Dolmetscher, Übersetzer und ähnlicher Berufe sowie der Wissenschaftler, Künstler, Schriftsteller, Lehrer und Erzieher.

13) Spickhoff/*Schelling*, Medizinrecht, 3.Aufl. (2018), § 1 BÄO Rn. 5.

14) **MBO-Ä § 2** (4) Ärztinnen und Ärzte dürfen hinsichtlich ihrer ärztlichen Entscheidungen keine Weisungen von Nichtärzten entgegennehmen.

15) Spickhoff/*Schelling*, Medizinrecht, 3.Aufl. (2018), § 1 BÄO Rn. 6.

그래서 의사는 자신의 직업적 양심에 따른 의료행위의 자유를 근거로 예컨대 (비록 합법적인 경우라도) 낙태시술 등을 거부할 수 있다.<sup>16)</sup> 결론적으로 의사는 통상적인 의학적 기준 안에서 본인의 의학적 양심에 따라 환자에게 적합한 것으로 보이는 진단법이나 치료법을 자유롭게 선택할 수 있다. 당연히 의사의 자유는 환자의 자기결정권에 따라 충분한 설명을 기초로 한 환자의 동의를 전제로 한다.

그 밖에도 독일연방의사협회 「모범의사직무규정(MBO-Ä)」은 제1조제2항에서 “의사의 임무는 생명을 보존하고, 건강을 보호하고 회복시키며, 고통을 줄이고, 임종환자를 돕고, 인간의 건강을 위한 중요성을 고려하여 자연의 생명적 기초를 보호하는 것이다.”라고 규정하고 있다.<sup>17)</sup>

## 2. 의사의 직업명칭 사용

독일 「연방의사법」 제2조a에서 “의사”의 직명(職名)은 제2조제1항의 의사면허 소지자 또는 이 법 제2조 제2항부터 제4항에 따른 의사 직무수행에 대한 권한이 있는 사람만 사용이 가능하다.

이 법 제2조는 독일에서 “의사”라는 직명(職名) 하에 의료행위(Heilkunde)를 하는 것이 어떤 전제조건하에서 가능한지를 규정하고 있다. 독일 「연방의사법」 제2조제5항에 따른 의사의 직무수행에 대한 국가의 허가를 받기 위한 전제조건은 제2조 제1항부터 제4항의 조건을 충족해야 한다.

제1항<sup>18)</sup>은 “이 법에 따라 의사의 직무를 수행하려고 하는 사람은 의사면허

16) Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. (2019), § 3 Rn. 19.; Ratzel/Lippert, Kommentar zur MBO, 6.Aufl. (2015), § 14 Rn. 21.

17) MBO-Ä 제1조제1항은 BÄO 제1조 제1항과 제2항을 하나의 항에 두 문장으로 그대로 규정하였다.

MBO-Ä § 1 (2) Aufgabe der Ärztinnen und Ärzte ist es, das Leben zu erhalten, die Gesundheit zu schützen und wiederherzustellen, Leiden zu lindern, Sterbenden Beistand zu leisten und an der Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen im Hinblick auf ihre Bedeutung für die Gesundheit der Menschen mitzuwirken.

18) BÄO § 2 [Voraussetzungen für die Berufsausübung] (1) Wer im Geltungsbereich dieses Gesetzes den ärztlichen Beruf ausüben will, bedarf der Approbation als Arzt.

가 필요하다”고 규정하고 있다. 이는 의사는 면허를 받아야 한다는 일반규정으로 해석한다. 독일에서 의사의 직무수행을 하기 위해서는 의사로서 면허를 필요로 한다. 의사면허는 “의사”라는 직명(職名)으로 사람에게 대해 영구적이고 제한없이 자기책임 하에 독립적으로 의료행위를 할 수 있는 권한을 포함하는 국가의 허가다.<sup>19)</sup> 면허는 분리되거나 제한할 수 없으므로 부담조건 면허나 부관(附款)이 붙은 면허는 무효이다.<sup>20)</sup> 면허는 자유로운 임상활동에 대한 허용을 의미하지만, 당연히 법정보험 급여지정에 참여권한까지 주어지는 것은 아니고, 「사회법 V - 법정의료보험법(SGB V)」 제96조 (전문주의의 경우 추가로 제96조a 제1항제2호)와 「급여의사허가규칙 (Ärzte-ZV)」 제19조에 따라 별개의 허가를 받아야 한다. 주(州)의사회에 강제가입이 면허의 유효조건이다.

제2항<sup>21)</sup>에 따라 일시적이거나 하나 또는 일정한 범위 안에서 의사의 직무를 수행하려는 사람도 허가를 받은 경우에만 가능하다. 이 경우 의사면허와 달리 언제든 철회가능하고 기한부로 일정한 행위로 범위를 제한하여 허가될 수 있다. 일반적으로 허가신청자가 제3국에서 어떤 교육과 수련을 마쳤는지에 따라 허가의 범위가 제한된다. 철회가 가능한 허가에 따라 최소한 일시적이고 일정한 행위와 일정한 근무지로 제한되어 허용된다.

제3항<sup>22)</sup>과 제4항<sup>23)</sup>은 EU회원국 또는 조약체결국가의 의사는 등록만으로

19) Haage, Bundesärzteordnung, 2.Online-Aufl. (2016), § 1 Rn. 1; Spickhoff/Schelling, Medizinrecht, 3.Aufl. (2018), §2 BÄO Rn. 2.

20) BVerwGE 108, 100 = BVerwG NJW 1999, 1798.

21) **BÄO § 2** (2) Eine vorübergehende oder eine auf bestimmte Tätigkeiten beschränkte Ausübung des ärztlichen Berufs im Geltungsbereich dieses Gesetzes ist auch aufgrund einer Erlaubnis zulässig.

22) **BÄO § 2** (3) Ärzte, die Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder eines Vertragsstaates sind, dem Deutschland und die Europäische Gemeinschaft oder Deutschland und die Europäische Union vertraglich einen entsprechenden Rechtsanspruch eingeräumt haben, dürfen den ärztlichen Beruf im Geltungsbereich dieses Gesetzes ohne Approbation als Arzt oder ohne Erlaubnis zur vorübergehenden Ausübung des ärztlichen Berufs ausüben, sofern sie vorübergehend und gelegentlich als Erbringer von Dienstleistungen im Sinne des Artikels 50 des EG-Vertrages im Geltungsbereich dieses Gesetzes tätig werden. Sie unterliegen jedoch der Meldepflicht nach diesem Gesetz.

23) **BÄO § 2** (4) Für die Ausübung des ärztlichen Berufs in Grenzgebieten durch im Inland nicht



의사의 직무수행이 가능하고 독일국경 영역에서 의사직무 수행은 양국간의 조약에 따른다고 규정한다.

제5항<sup>24)</sup>은 “의사의 직무 수행은 의사라는 직명(職名) 하에 수행하는 의료행위를 말한다.”고 규정하고 있다. 이 규정은 의료행위를 의사라는 직명(職名) 하에 이루어지는 것으로 정의하고 있다. 그래서 제2조 제1항부터 제4항에 따른 허가를 기초로 “의사”의 직업 명칭 하에 의사로서 직무수행이 가능하다. 여기서 의사의 직무수행은 그 개념을 축소해석 또는 확장해석할 필요성이 있는데, 제2조제5항의 의미에서 의사의 직무 수행은 의료행위와 무관한 의사면허에서 기인하는 학문적 활동과 관리행위도 포함하는 것으로 본다.<sup>25)</sup>

### 3. 독일 연방의사법상 무면허의료행위와 직업명칭 모용

독일 「연방의사법」 제13조가 무면허 의료행위를 규정하고 있다는 국내문헌들이 있지만,<sup>26)</sup> 이 규정은 면허정지 상태인 의사의 무면허 의료행위만을 규정한 것으로 일반적 무면허 의료행위 규정이 아니다. 이 규정은 면허가 정지된 상태에서 의사의 무면허의료행위에 대하여 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다고 규정하고 있다.<sup>27)</sup>

또한 권한없이 의사의 명칭을 사용한 경우에는 「형법」 제132조<sup>28)</sup> 제1항제

---

niedergelassene Ärzte gelten die hierfür abgeschlossenen zwischen- staatlichen Verträge.

24) **BÄO § 2** (5) Ausübung des ärztlichen Berufs ist die Ausübung der Heilkunde unter der Berufsbezeichnung “Arzt” oder “Ärztin”.

25) Spickhoff/*Schelling*, Medizinrecht, 3.Aufl. (2018), § 2 BÄO Rn. 11.

26) 도규엽, 「무면허 의료행위의 불법성에 관한 연구」, 성균관대학교 박사학위논문(2013. 12.), 63면 등.

27) **BÄO § 13** [Strafvorschriften] Wer die Heilkunde ausübt, solange durch vollziehbare Verfügung das Ruhen der Approbation angeordnet ist, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

**BÄO § 13a** [Bußgeldvorschriften] (1) Ordnungswidrig handelt, wer entgegen § 14 Abs. 4 Satz 1 die Berufsbezeichnung “Arzt” oder “Ärztin” ohne Zusatz führt.

(2) Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu zweitausendfünfhundert Euro geahndet werden.

28) **StGB § 132a** [Mißbrauch von Titeln, Berufsbezeichnungen und Abzeichen]

(1) Wer unbefügt

2호에 따라 직업명칭모용죄로 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다고 규정하고 있다.

독일 「연방의사법」은 면허정지 상태의 의사의 의료행위와 의사의 직명(職名) 부정사용을 금지하고 있을 뿐 의료행위 개념은 물론, 무면허의료행위에 대한 처벌규정은 없다. 그래서 여러 문헌에서 의료행위 개념은 아래에서 검토할 「치료사법」 제1조제2항에 규정된 개념을 차용한다.

### III. 독일 치료사법(Heilpraktikergesetz: HeilprG)

#### 1. 의료행위의 허가유보

독일에서 의사의 직무수행을 하기 위해서는 의사로서 면허를 요한다. 의사면허는 “의사”라는 직명(職名)으로 영구적이고 제한없이 사람에게 대해 의료행위를 할 수 있는 권한을 포함한다. 반면 독일 「면허없는 직업적 의료행위 수행에 관한 법률: 치료사법(Gesetz über die berufsmäßige Ausübung der Heilkunde ohne Bestallung: Heilpraktikergesetz - HeilprG)」 제1조제1항<sup>29)</sup>은 “의사면허 없이 의료행위를 하려는 사람은 국가로부터 허가를 받아야 한다”고 규정하여 치료사로서 의료행위를 할 수 있는 길을 열어 놓고, 같은 법 제5조<sup>30)</sup>에서 “의사의 직무수행에 대한 권한 없고 이 법 제1조에 따른 허가 없이

---

1. inländische oder ausländische Amts- oder Dienstbezeichnungen, akademische Grade, Titel oder öffentliche Würden führt,

2. die Berufsbezeichnung Arzt, Zahnarzt, Psychologischer Psychotherapeut, Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeut, Psychotherapeut, Tierarzt, Apotheker, Rechtsanwalt, Patentanwalt, Wirtschaftsprüfer, vereidigter Buchprüfer, Steuer-berater oder Steuerbevollmächtigter führt,

3. die Bezeichnung öffentlich bestellter Sachverständiger führt oder

4. inländische oder ausländische Uniformen, Amtskleidungen oder Amtsabzeichen trägt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

29) **HeilprG § 1 [Erlaubnis zur Ausübung der Heilkunde]** (1) Wer die Heilkunde, ohne als Arzt bestallt zu sein, ausüben will, bedarf dazu der Erlaubnis.

30) **HeilprG § 5 [Ausübung ohne Erlaubnis]** Wer, ohne zur Ausübung des ärztlichen Berufs

의료행위한 자는 1년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다”고 규정하고 있다. 국민의 건강 및 공중위생에 대한 침해의 위험이 낮고 의료전문성의 요구도가 낮은 일정한 의료행위에 대해서는 의료면허를 소지하고 있지 않은 자도 이를 시행할 수 있도록 허용하는 데에 있다. 이는 의사의 의료독점권을 제한함으로써 의사 이외의 자들에게도 「독일기본법」 제12조제1항이 보장하는 직업선택의 자유에 대한 보장영역을 확대한 것이라 할 수 있다. 하지만 의사면허 없이 의효행위를 하려는 자는 「치료사법」 제1조에 따라 허가를 받도록 한 이유는 종종 불투명한 방식으로 직업적으로 활동하고 특히 환자들의 비용으로 편만한 수입원을 창출하기 위해서,<sup>31)</sup> 가시적인 도움을 필요로 하는 많은 환자들의 경향을 이용하는 비직업적 의료행위자로부터 개인과 공중(公衆)을 보호하기 위한 것이다.<sup>32)</sup> 이러한 목적에 따라 허가유보를 인적 진입장벽으로서 규정한 예방적 금지는 인민의 건강이라는 중요한 공동체의 법익을 보호하기 위해 필요한 것이고 이는 「독일기본법」 제12조제1항이 보장하는 직업선택의 자유와도 일치하는 것<sup>33)</sup>이라고 본다.

이 법 제1조와 제5조의 문언에 비추어 보면, 「연방의사법」 제3조에 따른 의사면허 또는 제10조에 따른 의료행위에 대한 허가를 받은 사람에 제2조제5항에 따른 광범위한 의료의 자유안에서 의료행위 수행에 대한 포괄적인 권한을 가지기 때문에, 허가유보는 의사는 해당되지 않는다.<sup>34)</sup> 「연방의사법」상 의사면허는 치료사에게 주어지는 모든 의료행위에 대한 허가를 포함하기 때문에, 의사는 의사면허자인 동시에 이미 치료허가를 가진자이다. 따라서 의사는 치료사허가에 대한 청구권이 없다.<sup>35)</sup> 이것이 치료사허가 청구권을 인정한 치료

---

berechtigt zu sein und ohne eine Erlaubnis nach § 1 zu besitzen, die Heilkunde ausübt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

31) BGHSt 8, 237.

32) BVerwGE 35, 308 = BVerwG NJW 1970, 1987.

33) BVerfGE 78, 179.

34) BVerwG NJW 1967, 1525, 1526; Spickhoff/*Schelling*, Medizinrecht, 3.Aufl. (2018), § 1 HeilprG Rn. 2.

35) BVerwG NJW 1967, 1525; OVG NRW MedR1999, 187; BayVGH NVwZ-RR, 1998, 113; VG Augsburg BeckRS 2005, 37119.

의사나 수의사에 대하여 부당한 불이익을 주는 것도 아니다.<sup>36)</sup> 치료사 허가 청구권이 없는 의사에게 치료사 허가가 주어진 경우 혹은 치료사가 차후에 의사면허를 취득한 경우 치료사 허가를 철회할 수 있는지에 대하여는 가능하다는 하급심이 있지만,<sup>37)</sup> 신뢰의 원칙에 위반되고 유효한 허가를 부정하는 것이 되기 때문에 이에 대한 철회권은 부정하는 것이 타당하다는 것이 다수견해이다.<sup>38)</sup>

그 밖에도 치료사허가는 의사면허와 달리 제한된 영역이나 특수한 치료방법에 제한적으로 청구할 수 있다. 허가는 그 청구범위나 치료방법에 따라 국가가 특별한 추가적인 교육이나 시험 또는 특별법상 규정에 따라 제한되는 것은 정당하다.<sup>39)</sup>

특히 이 법 제6조<sup>40)</sup>에서 치과의료에 대해서는 「치료사법」의 규정이 적용되지 않는다고 규정하고, 「치과의료법(Gesetz über die Ausübung der Zahnheilkunde: ZHG)」 제1조제1항<sup>41)</sup>은 치과의료에 대해 치과의사 면허유보하고, 제3항은 치과의료는 치아, 구강, 상하악 질병에 대한 진단과 치료라고 규정하고 있으므로 치과의료는 「치료사법」상 허가대상이 아님을 판례를 통해서도 확인하고 있다.<sup>42)</sup>

또한 「치료사법」에는 규정이 없지만 「심리치료사의 직무에 관한 법률: 심리치료사법(Gesetz über den Beruf der Psychotherapeutin und des

36) BVerwGE 26, 254 = BVerwG NJW 1967, 1525 = MDR 1967, 611

37) HessVGH MedR 1993, 240.

38) BayVGH NVwZ-RR 1998, 113; BayVGH MedR 2011, 295; *Haage*, Heilpraktikergesetz, 2.Aufl. (2013), § 1 Rn. 13; *Spickhoff/Schelling*, Medizinrecht, 3.Aufl. (2018), § 1 HeilprG Rn. 5.

39) BVerwG NVwZ-RR 2010, 111.

40) **HeilprG § 6 [Ausübung der Zahnheilkunde]** (1) Die Ausübung der Zahnheilkunde fällt nicht unter die Bestimmungen dieses Gesetzes.

41) **ZHG § 1** (1) Wer im Geltungsbereich dieses Gesetzes die Zahnheilkunde dauernd ausüben will, bedarf einer Approbation als Zahnarzt nach Maßgabe dieses Gesetzes. Die Approbation berechtigt zur Führung der Bezeichnung als "Zahnarzt" oder "Zahnärztin". Die vorübergehende Ausübung der Zahnheilkunde bedarf einer jederzeit widerruflichen Erlaubnis.

42) OVG NRW, DVBl 1999, 1052 = MedR1999, 187.

Psychotherapeuten: Psycho-therapeutengesetz - PsychThG)」 제1조제1항<sup>43)</sup>과 제3항<sup>44)</sup>에 따라 의사, 심리치료사, 청소년심리치료사가 아니면 심리치료의 직무는 물론 그 직명도 사용할 수 없으므로, 이 직역 역시 「치료사법」의 허가 대상이 아니다.

그 밖에도 특별한 자격과 교육을 필요로 하는 물리치료사,<sup>45)</sup> 작업치료사,<sup>46)</sup> 언어치료사,<sup>47)</sup> 발관리사,<sup>48)</sup> 정골(整骨)사,<sup>49)</sup> 독서장애치료사<sup>50)</sup> 등 역시 치료사허가의 대상이 아니다.

제1조제3항<sup>51)</sup>은 “이전에 직업적으로 의료행위를 했던 자와 의료행위를 계속하려는 자는 집행규정의 기준에 따라 허가를 받는다. 허가를 받은 자는 치료사(Heilpraktiker)라는 직명을 사용한다.”고 규정하고 있다. 이에 따라 심리치료사<sup>52)</sup>를 포함한 이러한 자격이 있는 경우에도 독립적으로 본인들의 직무를

- 43) **PSychThG § 1 [Berufsbezeichnung, Berufsausübung]** (1) Wer die Psychotherapie unter der Berufsbezeichnung „Psychotherapeutin“ oder „Psychotherapeut“ ausüben will, bedarf der Approbation als „Psychotherapeutin“ oder „Psychotherapeut“. Eine vorübergehende Ausübung des Berufs ist auch aufgrund einer befristeten Erlaubnis nach § 3 Absatz 1 oder Absatz 3 zulässig. Die Berufsbezeichnung nach Satz 1 darf nur führen, wer nach Satz 1, Satz 2 oder den Absätzen 5 und 6 zur Ausübung des Berufs befugt ist. Die Bezeichnung „Psychotherapeutin“ oder „Psychotherapeut“ darf über die Sätze 1 und 2 oder die Absätze 5 und 6 hinaus von anderen Personen als Ärztinnen und Ärzten, Psychologischen Psychotherapeutinnen und Psychologischen Psychotherapeuten sowie Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeutinnen und Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten nicht geführt werden. Ärztinnen und Ärzte können dabei den Zusatz „ärztliche“ oder „ärztlicher“ verwenden.
- 44) **PSychThG § 1 (3)** Zum Beruf der Psychotherapeutinnen und Psychotherapeuten gehört neben der Psychotherapie auch die Beratung, Prävention und Rehabilitation zur Erhaltung, Förderung und Wiederherstellung der psychischen Gesundheit der Bevölkerung.
- 45) BVerwGE 134, 345; OVG Niedersachsen GesR 2014, 55.
- 46) VGH Baden-Württemberg DÖV 2017, 644.
- 47) VGH Baden-Württemberg DÖV 2017, 644.
- 48) OVG Sachsen, 14. 3. 2017 - 4A703/16, (<https://www.justiz.sachsen.de/ovgentschweb/document.phtml?id=4816>)
- 49) *Schröder*, GesR 2016, 281, 283f.
- 50) *Laufs/Kern/Rehborn*, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. (2019), § 11 Rn. 5. 이에 대한 비판으로는 *Schulte/Wächter*, MedR 2000, 78 ff. 참고.
- 51) **HeilprG § 1 (3)** Wer die Heilkunde bisher berufsmäßig ausgeübt hat und weiterhin ausüben will, erhält die Erlaubnis nach Maßgabe der Durchführungsbestimmungen; er führt die Berufsbezeichnung „Heilpraktiker“.

“치료사”라는 직명(職名)으로 수행하려면 치료사허가를 받아야 한다.<sup>53)</sup> 다만 연방헌법재판소는 대학의 교육과정과 그에 따른 학위와 연계된 자격증의 경우, 대표적으로 심리치료사의 경우는 그 학위명칭과 자격을 그대로 사용하면 되고 따로 치료사의 명칭을 사용할 필요는 없다고 한다.<sup>54)</sup>

## 2. 의료행위의 개념

이 법 제1조제2항<sup>55)</sup>은 “이 법률에서 의료행위는 사람에게 대해 질병, 통증, 신체상해를 진단, 치료 또는 완화하기 위해 이루어지는 모든 직업적 또는 영업적 활동이다. 다른 사람의 서비스에서 의료행위를 한 경우도 같다.”고 규정하고 있다. “사람에 대해 질병, 통증, 신체상해를 진단, 치료 또는 완화하기 위해 이루어지는 모든 활동”으로 정의되는 의료행위의 대상이 되는 질병과 고통은 넓은 의미로 해석된다.<sup>56)</sup> 그래서 질병은 치료(즉 제거 또는 완화)될 수 있는, 정상적 신체상태 또는 신체활동의 모든 장애를 포함하며,<sup>57)</sup> 「의약품법(Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln: Arzneimittel- gesetz - AMG)」 제2조 제1항제1호에서 특별히 언급하고 있는 병적 통증도 포함되고, 정신적 심리적 장애도 포함된다.<sup>58)</sup> 의료행위의 방법도 중요하지 않다.<sup>59)</sup> 그래서 의료행위에는 치료뿐만 아니라 환자의 상태를 나아지게 하기 위해서도 이루어진다. 그래서 치료불가능한 질병이나 신체장애에도 이루어진다.<sup>60)</sup> 신체상해은, 예컨

52) BVerfGE 78, 179; OVG NRW GesR 2014, 315.

53) BVerwGE 134, 345 Rn. 18 ff; OVG Niedersachsen GesR 2014, 55; Sasse, GesR 2013, 641, 642 ff.

54) BVerfGE 78, 179 = MedR 1988, 299; OVG NRW MedR 1991, 151.

55) **HeilprG § 1** (2) Ausübung der Heilkunde im Sinne dieses Gesetzes ist jede berufs- oder gewerbsmäßig vorgenommene Tätigkeit zur Feststellung, Heilung oder Linderung von Krankheiten, Leiden oder Körperschäden bei Menschen, auch wenn sie im Dienste von anderen ausgeübt wird.

56) *Pelchen/Häberle*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Ws. 241 (2022), HeilPraktG, § 1 Rn. 3.

57) BGHSt. 11, 304.

58) BayObLG NSTZ 1982, 474.

59) Spickhoff/Schelling, Medizinrecht, 3.Aufl. (2018), § 1 HeilprG Rn. 7.

대 불임, 청각 장애 또는 실명과 같은 신체, 개별 장기 또는 장기 일부의 상태 또는 기능이 근본적으로 복구할 수 없는 비병리학적 모든 변화로 이해해야 한다. 읽기 및 철자 장애(난독증)와 같은 학습장애는 질병도 고통도 신체적 상해도 아니어서, 해당 치료는 의료행위가 아니다. 예를 들어 부부상담이나 결혼상담과 같은 사회적 갈등상황 처치에도 동일하게 적용된다.<sup>61)</sup>

「치료사법」상 개념정의는 국민의 건강을 보호하는 입법목적을 충분히 표현하고 있지 않기 때문에, 한편으로는 확장해석을 다른 한편으로는 제한해석을 필요로 한다.<sup>62)</sup> 일반적으로 이 규정에 따른 의료행위의 판단기준으로 연방행정법원<sup>63)</sup>이 개발한 기술되지않은 구성요건표지를 언급한다. 즉 1) 행위가 일반적 이해에 따를 때 **의학적 전문지식을 전제하는 경우**<sup>64)</sup> 또는 2) 행위가 **심각한 건강상 상해를 유발할 수 있는 경우**<sup>65)</sup>를 제시한다.<sup>66)</sup> 활동이 건강에 위협을 초래하지 않고 전문지식이 필요하지 않은 경우에는 허가를 요하는 활동이 아니다.<sup>67)</sup>

여기서 전문지식은 일반인의 관점에서 의학적 전문지식이 필요하다고 여겨지면 족하고 행위의 목적, 유형 또는 방법,<sup>68)</sup> 또한 개별 사례에서 치료를 시작해도 좋은지 여부를 결정<sup>69)</sup>하는 데 필요하다고 여겨지는 것을 말한다.<sup>70)</sup>

60) *Gokel*, in: Quaas/Zuck/Clemens, *Medizinrecht*, 4.Aufl. (2018), § 33 Rn. 2; Spickhoff/*Schelling*, *Medizinrecht*, 3.Aufl. (2018), § 1 HeilprG Rn. 8.

61) Spickhoff/*Schelling*, *Medizinrecht*, 3.Aufl. (2018), § 1 HeilprG Rn. 8.

62) *Pelchen/Häberle*, in: Erbs/Kohlhaas, *Strafrechtliche Nebengesetze*, Ws. 241 (2022), *HeilPraktG*, § 1 Rn. 5.

63) 대표적으로 BVerwG NVwZ-RR 2011, 23.

64) BGH NJW 1982, 1331; BVerwGE 66, 367, 374; BVerwG NJW 1959, 833; BVerwG NJW 1966, 418; BVerwG NJW 1973, 579.

65) BGH NJW 1999, 865; BVerwG NVwZ-RR 2011, 23; VG Oldenburg RDG 2018, 295

66) *Pelchen/Häberle*, in: Erbs/Kohlhaas, *Strafrechtliche Nebengesetze*, Ws. 241 (2022), *HeilPraktG*, § 1 Rn. 8f.; *Wollersheim*, in: Clausen/Schroeder-Printzen, *Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht*, 3.Aufl. (2020), § 6 Rn. 26.

67) *Gokel*, in: Quaas/Zuck/Clemens, *Medizinrecht*, 4.Aufl. (2018), § 33 Rn. 9; *Wollersheim*, in: Clausen/Schroeder-Printzen, *Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht*, 3.Aufl. (2020), § 6 Rn. 26.

68) BVerwG NJW 1959, 833.

69) BVerwG NJW 1966, 418; BVerwG NJW 1973, 579

그 자체로 의학적 전문지식을 전제하지 않는 행위들도 심각한 건강위험을 초래할 수 있는 경우에는 허가를 받아야 한다. 이 경우 치료를 받는 사람이 심각한 상태라는 것을 조기에 발견하는 것을 지연시키고 그러한 위험의 개연성이 적지 않은 경우 이러한 간접 위험도 포함된다.<sup>71)</sup> 문제의 행위가 의사의 직무 행위를 대체하는 활동으로 보이는 경우에 그러한 위험이 있고 보고, 이 경우에는 「치료사법」 제1조제1항에 따른 허가를 받아야 한다. 이 경우에도 비례성의 원칙을 고려할 때, 사소한 위험요인만으로는 허가의무가 부과되지 않는다.<sup>72)</sup> 그래서 안경사에 의한 시력측정과 같이 누구나 사전지식 없이 수행할 수 있는 심각한 건강상 위험을 초래하지 않는 사소한 의료행위는 「치료사법」에 따른 허가 없이도 가능하다.<sup>73)</sup>

## IV. 독일 의료관련법상 무허가의료행위

### 1. 의료관련법 무허가의료행위 규정

독일은 우리나라가 「의료법」 제27조제1항에서 무면허의료행위 처벌 규정을 포괄적으로 두고 있는 것과 달리, 「연방의사법(BÄO)」 제13조는 면허정지 중에 의사의 의료행위처벌 규정을, 「치료사법(HeilPrG)」 제5조는 의사와 치료사 이외의 자에 의한 무허가의료행위 처벌 규정을 두고 있고, 「치과의료법(ZHG)」은 제18조<sup>74)</sup>에서 무면허치과의료행위와 면허정지 중에 치과의사의

70) *Pelchen/Häberle*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Ws. 241 (2022), HeilPraktG, § 1 Rn. 8.

71) *Bährle/Kazemi/Goebel*, in: Clausen/Schroeder-Printzen, Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, 3.Aufl. (2020), § 15 Rn. 164.

72) BVerwGE 35, 308, 311 = BVerwG NJW 1970, 1987, 1988; BVerwG NJW 1973, 579.

73) *Pelchen/Häberle*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Ws. 241 (2022), HeilPraktG, §1 Rn. 9.

74) **ZHG § 18 [Strafvorschriften]** Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird bestraft,

1. wer die Zahnheilkunde ausübt, ohne eine Approbation oder Erlaubnis als Zahnarzt zu



치과의료행위 처벌규정을 모두 두고 있다.

또한 의사, 치과의사, 임상심리치료사, 청소년심리치료사, 심리치료사 등 직명(職名)<sup>75)</sup>의 모용에 대해서는 「형법」 제132조a제1항제2호에 처벌규정을 두고 있다.

위에서 본 것처럼 「연방의사법」은 의료행위 개념은 물론 무면허의료행위 처벌 규정도 없고 「치료사법」에 의해 허가를 받은 사람도 의료행위가 가능하므로, 무허가의료행위는 치과의료영역과 심리치료영역을 제외하면 그 기준은 「치료사법」에 의해 결정된다.

## 2. 판례가 제시하는 의료행위 판단기준

「치료사법」상 “의료행위는 사람에 대해 질병, 통증, 신체상해를 진단, 치료 또는 완화”하는 행위이지만, 위에서 본 것처럼 이 개념에는 인민(Volk)의 보건에 대한 입법목적이 충분하지 않기 때문에 의료행위의 판단기준으로 연방행정법원<sup>76)</sup>이 개발한 기술되지않은 구성요건표지를 언급한다. 즉 1) 행위가 일반적 이해에 따를 때 의학적 전문지식을 전제하는 경우<sup>77)</sup> 또는 2) 행위가 심각한 건강상 상해를 유발할 수 있는 경우<sup>78)</sup>를 제시했다.<sup>79)</sup>

연방행정법원은 의료행위 개념을 추상적이고 객관적인 방식으로 해석한다. 따라서 치료하는 자의 개인적 특성, 예컨대 특별한 자격 또는 치료에 재능이 있는지 여부나 치료의 특별한 가치는 중요하지 않다. 특히 의료행위 개념을 실제

---

besitzen oder nach §1 Abs. 2, §14 oder §19 zur Ausübung der Zahnheilkunde berechtigt zu sein.

2. wer die Zahnheilkunde ausübt, solange durch vollziehbare Verfügung das Ruhen der Approbation angeordnet ist.

75) 그 밖에도 변호사, 변리사, 공인회계사, 선서한 회계사, 세무사, 세무수권자 등.

76) 대표적으로 BVerwG NVwZ-RR 2011, 23.

77) BGH NJW 1982, 1331; BVerwGE 66, 367, 374; BVerwG NJW 1959, 833; BVerwG NJW 1966, 418; BVerwG NJW 1973, 579.

78) BGH NJW 1999, 865; BVerwG NVwZ-RR 2011, 23; VG Oldenburg RDG 2018, 295.

79) *Pelchen/Häberle*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Ws. 241 (2022), HeilPraktG, § 1 Rn. 8f.; *Wollersheim*, in: Clausen/Schroeder-Printzen, Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, 3.Aufl. (2020), § 6 Rn. 26.

진단 또는 치료 목적을 기준으로 하지 않고 연방행정법원처럼 추상적으로 해석하면 “엉터리 치료”의 경우 가벌성의 공백이 생길 수 있다. 이 공백을 메꾸기 위해 연방대법원 형사부는 사안별로 축소해석 하기도 하고 확장해석 하기도 하면서, 고유의 의료행위 개념의 판단기준을 개발했다. 객관적 고려방식의 원칙에 반해, 이른바 인상설(Eindruckstheorie)에 따라 행위를 받는 자에 대해 질병, 고통 또는 신체상해를 치료하거나 완화하는 것을 목표로 하는 인상을 불러일으키는 행위를 의료행위로 본다.<sup>80)</sup>

- 1) 아직 의료행위로 보이지 않는 행위라고 하더라도 그 행위의 결과로 건강 상 위험을 초래할 수 있고, 심각한 상태라는 것을 적시에 발견하는 것이 지연되고 그러한 위험의 개연성이 적지 않다면 그 행위는 의료행위로 보아야 한다.<sup>81)</sup>
- 2) 행위자가 의료행위의 표준에 따라 평가된 사람이라는 인상을 불러 일으켰다면, 적어도 환자의 주관적 느낌에 따라 의료행위라고 해석되는 행위는 인상설<sup>82)</sup>에 따라 의료행위로 보아야 한다.<sup>83)</sup>

위 기준에 따라 연방대법원은 아래의 사례들을 의료행위로 보고 무면허의료행위로 판단하였다.

- 1) 초자연적인 힘을 치료행위 수단으로 가정한 “기적의 치유자(Wunderheiler)” 사례:<sup>84)</sup>

피고인은 본인의 진술에 따르면, 1973년 말 종교적인 체험을 하였는데, 그 체험으로 본인의 초자연적인 힘을 사람들에게 마음대로 사용하게 해주고 아픈

80) Laufs/*Kern/Rehborn*, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. (2019), § 11 Rn. 7.

81) BVerwGE 23, 140; BVerwGE 35, 308.

82) BGHSt 8, 237, 238f.

83) BVerfG NJW 2004, 2890.

84) BGH NJW 1978, 599.

사람들을 치료하는 임무를 느꼈다. 피고인은 1974년 1월부터 스스로가 “아스트랄 차원의 영적 치유(Geistesheilung auf astraler Ebene)”라고 칭하는 “기적의 치유자(Wunderheiler)”로서 활동에 집중해왔다. 본인에게 찾아온 모든 병자들에게 행한 치료행위는 두손을 모아 조용히 기도하고 환자의 이마에 성호를 그려준 것이다. 그리고나서 병든 부위나 아픈 부위 가까이 손을 살짝 대었기 때문에 신체 접촉은 없었거나 적어도 가벼운 접촉 정도만 있었다. 그리고 병자에게 초월적이고 초자연적인 힘을 믿어야 한다고 말했다. 의학적 진단을 한 것이 아니다. 질병에 따라 치료행위를 다르게 한 것도 아니다. 본인이 체험한 바에 따라 초월적인 하느님의 힘을 믿고 치료사로서 검사한 것이 아니다. 개개 병자들에게 치료행위는 몇 분만에 끝났다. (항소심에서도 반복해서 주장한 것처럼) 피고인은 많은 경우에 환자에게 최소한 주관적인 치유나 통증 완화가 나타났다고 한다. 이것은 주관적인 종류의 단순한 증상개선으로 설명할 수 있고 대부분 일시적인 암시과정을 통한 “치료”의 문제라고 한다. 피고인은 자신의 치료행위에 대해 자발적인 기부를 받았고, 매달 18.000에서 20.000마르크 정도의 수입을 얻었다.

원심은 타당하게도 입법목적을 고려하여 치료사법 제1조제2항의 의료행위를 행위를 받는 사람에게 치료를 하거나 통증을 감경시켜줄 목적으로 하는 행위를 포함하는 것으로 이해한다. …… 추정적 초자연적인 힘으로 가정 또는 허위인 초월적 힘과 싸우게 된다는 것으로 보인다. 이러한 행동은 치료사법의 목적에 크게 역행할 수 있고 그래서 특별히 위험할 수 있다. (BGHSt 8, 237, 238/239; ebenso OLG Bremen MDR 1957, 310). …… 피고인의 진술에 따르면이라도 병자를 치료하기 위해 초자연적임 힘을 사용한 행위는 …… 행위를 받는 병자에게 초자연적인 힘에 의해 자신이 치유되거나 나아질 것이라는 인상을 주었기 때문에 …… 아무런 의학적 지식도 없이 의료행위를 한 것이고 …… 이는 허가없는 의료행위에 해당한다.

2) 안경사의 안압측정행위 또는 시계(視界)측정행위,<sup>85)</sup> 스케일링,<sup>86)</sup>

3) 주근깨와 사마귀 제거행위,<sup>87)</sup> 순수한 미용목적의 수술,<sup>88)</sup> 위·가슴·코

의 외과적 교정,<sup>89)</sup> 종교적 이유의 할례,<sup>90)</sup>

4) 보톡스 주사,<sup>91)</sup> 피어싱에 국부마취제 사용,<sup>92)</sup> 입과 팔자주름 부위에 주름방지 주사,<sup>93)</sup> 금연침술,<sup>94)</sup> 침술과 지압,<sup>95)</sup>

5) 카이로프랙틱,<sup>96)</sup> 마사지사의 도수치료,<sup>97)</sup> 발 반사요법 마사지,<sup>98)</sup> 정골(整骨),<sup>99)</sup> 두개천골요법,<sup>100)</sup>

6) 치과외사의 치아, 구강, 상하악 이외에 소위 전신 자연치유법 사용,<sup>101)</sup> 지구방사선으로부터 해방되기 위한 자기(磁氣)치료법,<sup>102)</sup>

7) 레이저를 이용한 타투제거 사례<sup>103)</sup> - 지금은 관련 법령이 신설됨(아래 NiSV 참고):

4등급 레이저장치로 문신을 제거하는 것은 치료사법(Heilpraktikergesetz) 제1조 제1항에 따라 허가가 필요한 의료행위이다. 왜냐하면 이 행위는 기본적인 의학적 지식을 필요로 하고 현저한 건강상 위험과 관련이 있기 때문이다.

피고인이 레이저 장비를 이용해 문신을 제거하는 것은 공공의 안전에 대한

85) BVerfG NJW 2000, 2736. 반대로 허용되는 것으로 인정한 판례로 BGH MedR 2005, 598.

86) OLG Frankfurt/Main ZMGR 2012, 289.

87) BVerfG NJW 1973, 597.

88) BVerwG NJW 1959, 833.

89) BVerwG, NJW 1959, 833

90) BT-Drucks. 17/11816.

91) VGH Baden-Württemberg MedR 2006, 733.

92) VG Gießen, NJW 1999, 1800.

93) OVG NRW GesR 2006, 381; VGH Baden-Württemberg MedR 2006, 733.

94) OVG NRW MedR 2009, 235.

95) VG Trier, 18. 8. 2010 - 5 K 221/10.TR (<https://openjur.de/u/2220304.html>); OVG Lüneburg DÖV 2011, 493.

96) BVerwGE 33, 308; BVerwGE 35, 308; BGH NJW 1981, 2008.

97) OVG NRW DVBl. 2001, 755.

98) OVG Koblenz MedR 1990, 283.

99) VG Düsseldorf, 8. 12. 2008 - 7 K 967/07,

([http://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/vg\\_duesseldorf/j2008/7\\_K\\_967\\_07urteil20081208.html](http://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/vg_duesseldorf/j2008/7_K_967_07urteil20081208.html))

100) VG Aachen, 15.8.2012 - 5 L 322/12,

([http://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/vg\\_aachen/j2012/5\\_L\\_322\\_12beschluss20120815.html](http://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/vg_aachen/j2012/5_L_322_12beschluss20120815.html))

101) OVG NRW MedR 1999, 187.

102) BVerwG MedR 1994, 3024

103) VG Oldenburg, RDG 2018, 295.

위험을 초래한다. 왜냐하면 피고는 치료사법(Heilpraktikergesetz) 제1조제1항에 의한 필요한 허가를 받지않고 위법하게 행동했기 때문이다. 환자건강 형태로 보호되는 공공의 안전이라는 법익도 위험에 빠진다.

(a) 문신을 새기는 것은 문신을 제거하는 것과 달리 허가를 받지 않아도 되는데 이것이 기본법 제3조 제1항(법 앞에 평등)에 위반되는지와 관련하여;

i) 양자는 다른 유형의 비교할 수 없는 처치 방법에 관한 것이어서, 건강상 위험에 대해서는 각기 별도로 평가되어야 한다.

ii) 문신을 하는 것은 문신을 제거하는 것과 동일하게 심각한 건강상 위험과 관련이 있고 민간요법치료사 또는 의사에 의해서만 수행될 수 있다는 가설을 받아들여더라도, 문신을 레이저 장비로 제거하는 데 허가를 받지 않아도 된다는 결론이 도출되지 않는다.

iii) 특히 “불법의 경우” 평등한 대우를 받을 권리가 없다.

(b) 문신제거를 위한 레이저 시술에 전문 의학지식이 필요하다고 본 이유;  
그 자체로 볼 때 의학적 지식을 전제하지는 않지만 행위하는 사람이 의학적 치료가 필요한 시기를 결정할 수 있는 의학적 전문성이 없기 때문에 치료를 받는 사람이 필요한 의학적 치료법 사용을 자제하거나 지연함으로써 건강상 위험을 간접적으로 초래할 수 있는 행위도 허가를 받아야 한다. 그래서 문신제거에 레이저 장비 투입할 때는 기술적인 지식뿐만 아니라 의학적 지식도 필요하고 그 투입이 건강에 심각한 피해를 야기할 수 있다는 점에서 허가를 받아야 하는 의무가 나온다. 피부에 미치는 중대한 영향과 가능한 건강상 위험으로 인해, 해당 레이저 사용과 관련하여 금기 사항이 있는지, 그리고 그렇다면 의학적 치료가 필요한지 여부를 평가하는 데 이미 포괄적인 의학적 지식이 필요하다.

(c) 문신제거를 위한 레이저 시술이 현저한 건강상 위험과 관련이 있다고 본 이유:

사소한 위험요인만 다루는 것이 아니어서 허가의무가 부과된다. 4등급 레이저 장비는 눈에 매우 위험하고 피부에도 위험하다. 산란성으로 뿌려

지는 방사선도 위험할 수 있고, 레이저 방사선은 화재 및 폭발위험을 야기할 수 있다. 4등급 레이저 장비는 피하지방층으로 침투하고 다양한 생물학적 효과를 유발할 수 있는 파동을 방출한다. 그 외 중증 화상, 흉터, 진단 및 치료 문제 등 유해한 측면이 있다고 보았다.

반면 마사지,<sup>104)</sup> 타투와 (귀뿔기를 포함한) 피어싱,<sup>105)</sup> 안경사의 시력측정,<sup>106)</sup> 금연상담,<sup>107)</sup> 다이어트 상담,<sup>108)</sup> 운동치료<sup>109)</sup> 등은 의학적 전문지식을 요하는 행위도 아니고 신체와 건강에 위험한 행위도 아니며 의료행위라는 인상을 주기에 부족하므로 의료행위가 아니라고 본다.<sup>110)</sup>

## V. 나가며

독일도 「연방의사법」에서는 의사의 직무를 수행하기 위해서는 의사면허가 필요하다는 빈공식(Leerformel)을 사용하지만 「치료사법」 제1조제2항에서 의료행위를 개념정의하고 있으며, 의사가 아니라도 「치료사법」 제1조제2항의 의료행위를 하려는 자는 허가를 받도록 하고 있다. 의학적 전문지식이 필요하고 공중보전에 위험을 초래할 수 있는 행위라는 개념표지는 우리 대법원과 헌법재판소 입장과 유사하지만, 독일의 경우 의사면허나 허가를 받지 못한 자라도 의료행위를 하려는 자는 허가를 받을 수 있는 길을 열어놓고 있어 무허가의 의료행위의 처벌범위는 우리나라보다 좁다.

104) BVerwG BeckRS 2009, 41579; VGH Mannheim BeckRS 2009, 32779; VGH München BeckRS 2011, 30688; VGH BW DVBl 2009, 671.

105) Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. (2019), § 11 Rn. 9.

106) BVerwG NJW 1966, 1187.

107) VG Stuttgart, 9.1.2003 - 4 K 2198/02 (<https://openjur.de/u/392304.html>).

108) Haage, Heilpraktikergesetz, 2.Aufl. (2013), § 1 Rn. 19.

109) OVG Niedersachsen GesR 2006, 514.

110) Haage, Heilpraktikergesetz, 2.Aufl. (2013), § 1 Rn. 17; Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. (2019), § 11 Rn. 9 등 참고.

독일연방행정법원이 처음으로 사용한 의료행위의 표지인 “1) 행위가 일반적인 이해에 따를 때 의학적 전문지식을 전제하는 경우 또는 2) 행위가 심각한 건강상 상해를 유발할 수 있는 경우”라는 기준은 공중보건상 위해를 가할 수 있지만 행위 자체가 의학적 전문지식이 필요한 행위가 아니고 그 행위로 심각한 신체상해도 발생시킬 위험이 없는 영터리치료행위, 우리나라의 맥락에서는 안수기도나 무당의 굿으로 치료한다는 등을 규제할 수 없기 때문에, 연방대법원 형사부는 의료행위 개념의 확장해석을 위해 인상설을 받아들였다.

하지만 우리나라의 경우는 의료행위 개념이 너무 모호하고 포괄적이라 명확성의 원칙에 위배될 수 있고, 의료행위 개념이 넓게 인정되어 무면허의료행위로 처벌되는 대상 행위가 사소한 위험만으로도 처벌될 수 있어 행동의 자유와 직업의 자유를 지나치게 제한하여 과잉금지의 원칙될 수 있다는 비판을 받고 있어, 이러한 비판을 피하기 위해서는 현재 대법원의 의료행위 개념을 축소 해석할 필요성이 있다. 의료행위 개념의 일관적인 축소는 반대로 공중(公衆)의 안전보호라는 무면허의료행위 처벌 규정의 입법목적을 충족하지 못하는 법의 공백이 나타날 수 있는 위험성도 함께 가지고 있다.

이러한 점을 모두 고려하면 행위자가 스스로 치료행위라고 표현했거나 행위자가 치료행위라고 믿을 만한 객관적 사정이 존재한다면 기존의 의료행위 개념을 그대로 사용하고, 그렇지 않은 경우에는 독일의 기준 중에 전문적 의학 지식과 심각한 신체상해라는 기준을 받아들여 기존의 의료행위 개념을 축소 해석하여, 일반인의 상식 수준의 의학지식으로 충분한 경우 또는 사소한 신체상해의 위험만 있는 경우는 의료행위에서 배제하는 것을 하나의 대안으로 고려해볼 필요가 있다.

## Ⅵ. 덧붙여 - 독일의 타투 규율과 관련하여

1. 독일에서 타투이스트가 되려면 건강진단서와 필요한 장비만 있으면 되

고, 별도의 자격증이나 기타 구속력 있는 법규는 없다. 직업교육은 타투 샵에서 건강 및 기술 교육을 정기적으로 받는 방식으로 이뤄진다.<sup>111)</sup>

2. 「비전리 방사선의 인체사용에 대한 유해한 영향으로부터의 보호에 관한 규칙 (Verordnung zum Schutz vor schädlichen Wirkungen nichtionisierender Strahlung bei der Anwendung am Menschen: NiSV)」<sup>112)</sup>이 2018년 11월 29일 제정되고, 2020년 12월 31일부터 시행되고 있다.

- 1) 이 규칙은 비전리 방사선을 인체에 사용하는 시설 운영에 적용된다. 미용 또는 기타 비의료적 목적으로, 상업적으로 또는 기타 경제적 사업영역에 설치된 시설을 말한다. (제1조제1항제1문)

- 2) 비의료적 목적으로의 사용: 환자 진찰 및 치료, 질병의 조기발견, 산전(産前) 건강관리 또는 의학연구 목적에 기여하지 않는 사용을 말한다. (제2조제2항제1호)

- 3) 시설 운영자는 다음을 보장해야 한다: 필요한 장비 기술지식을 가진 사람이, 특히 제조업자의 정보를 고려한 점검과 보수를 통해 그리고 장비별 특별표준을 준수함으로써 그 시설을 유지하여, 보다 안전하고 규정에 맞는 운영을 지속적으로 보증한다. (제3조 제1항 제5호)

규칙의 제6조부터 제11조까지 각종 레이저와 방사선기기는 의사, 경우에 따라서는 그 분야의 전문의만 사용할 수 있도록 규정하고 있다. 이 의사유보는 2022년 12월 31일 시행예정이다. 따라서 위에서 본 판례처럼 레이저를 이용한 문신제거의 의사만 할 수 있다.

3. 2021년 6월 28일 「공무원의 외모에 관한 법률안(Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Erscheinungsbilds von Beamtinnen und Beamten sowie zur Änderung weiterer dienstrechtlicher Vorschriften)」<sup>113)</sup>

---

111) <https://tattooed.de/blogs/tattoo-news/welche-gesetzlichen-regelungen-gibt-es-fur-die-tattoobranche>

112) 08.10.2021 BGBl. I S. 4646.

113) Drucksache 19/26839.

(<https://www.dbwv.de/aktuelle-themen/blickpunkt/beitrag/strengere-tattoo-regelung-aus-ruecksicht-auf-das-amt>).



군인과 기타 공무원의 눈에 띄는 문신, 피어싱, 헤어스타일에 대한 금지 또는 제한이 예상된다. 현재는 금지하지 않고 있다. (원칙적으로 독일연방군은 문신, 피어싱 또는 기타 신체 변형을 금지하지 않는다. 핵심직무규정(A-2630/1); 연방군의 군인외모)

2017년 연방행정법원에서 나치 문양을 문신한 베를린 경찰관 해임을 인정한 것을 계기로 공무원의 외모에 관한 법률안을 만들게 되었다. 문신이 외부에 보이는지 여부가 이 결정의 기초는 아니었지만, 그 기저에 깔린 법원의 생각으로 인해 입법부가 공무원 외모에 관한 규정을 만들 필요성을 인식하게 되었다.<sup>114)</sup>

#### 4. 타투 관련 제한사항

새로운 EU 규정(REACH-Verordnung)은 2023년 1월부터 파란색과 녹색 염료(„Blau 15:3“ und „Grün 7“)에 있는 특정 화학물질을 금지한다. 유럽화학물질청(ECHA)에 따르면, 염료에는 피부 알레르기, 그리고 유전적 돌연변이, 암과 같은 기타 심각한 건강상의 영향을 주는 유해물질이 포함된다. 유럽화학물질청의 목표는 문신을 금지하는 것이 아니라, 타투 염료와 영구화장을 더 안전하게 만드는 것이다.

18세 미만 청소년은 타투를 하려면 부모 동의를 얻어야 한다. 이 연령을 21세로 상향하자는 논의가 있다.

---

114) <https://www.tagesspiegel.de/politik/weder-durch-die-hinter-noch-durch-die-vordertur-ein-kopftuchverbot-4245952.html>.

[ 참고 문헌 ]

도규엽, 「무면허 의료행위의 불법성에 관한 연구」, 성균관대학교 박사학위논문, 2013. 12.

이상돈·김나경, 『의료법』 제1판, 2009.

백경희, “의료인의 면허 외 의료행위에 대한 형사적·행정적 책임에 관한 고찰”, 『사법』 제30호, 2014.

의료를 생각하는 변호사 모임, 『의료법주석서』, 2020.

이상돈, “의료 개념의 법사회학적 구성”, 『영남법학』 제27호, 2008.

Haage, Heinz, Bundesärzteordnung, 2.Online-Aufl., 2016.

Spickhoff, Andreas/Schelling, Philip, Medizinrecht, 3.Aufl., 2018.

Laufs, Adolf (†)/Kern, Bernd-Rüdiger/Rehborn, Martin, Handbuch des Arztrechts, 5.Aufl., 2019.

Ratzel, Rudolf/Lippert, Hans-Dieter, Kommentar zur MBO, 6.Aufl., 2015.

Schröder, Brigit, Osteopathie und Recht – Erfahrungen aus der anwaltlichen Praxis, GesR 2016, 281ff.

Schulte, Christian/Wächter, Thomas, Der Heilkundebegriff des § 1 Abs. 2 HPrG, MedR 2000, 78ff.

Erbs, Georg/Kohlhaas, Max, Strafrechtliche Nebengesetze Ws. 241, 2022.

Quaas, Michael/Zuck, Rüdiger/Clemens, Thomas, Medizinrecht, 4.Aufl., 2018.

Clausen, Tilman/Schroeder-Printzen, Jörn, Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, 3.Aufl., 2020.

## [국문초록]

## 독일법상 의료행위 개념

이석배 (단국대학교 법과대학 법학과 교수, 법학박사)

우리나라의 실정법 어디에도 “의료행위”의 개념은 규정되어 있지 않다. 다만 「의료법」상 무면허의료행위죄의 해석을 통해서 간접적으로 정립되어 왔다.

면허는 국가에 의한 제도적인 것일 뿐, 면허없이 하면 안 되는 행위를 정의하려면 면허가 허용하는 범위가 정해져야 하는데 이에 대하여도 명확한 규정이 없다. 그래서 의료행위를 할 수 있는 의사 등 의료인 면허는 없지만 이와 인접한 수많은 직업영역들, 예컨대 심리상담사, 음악치료사, 미술치료사, 피부관리사, 스포츠마사지사 등의 영역들은 회색지대에 놓이게 된다.

대법원은 과거에 의료행위를 “질병의 치료”를 위한 행위로 한정하여 “신체의 병적 증상이나 기능적 결손을 전제하지 않는 의학기술적 조치를 의료행위에 포섭하지 않는다”고 해석하기도 했지만, 이 후 판례를 변경하여 “의학적 전문지식을 기초로 하는 경험과 기능으로 진료, 검안, 처방, 투약 또는 외과적 시술을 시행하여 하는 질병의 예방 또는 치료행위 및 그 밖에 의료인이 행하지 아니하면 보건위생상 위해가 생길 우려가 있는 행위”를 “의료행위”로 정의하고 있다.

이 판례의 의료행위 개념은 너무 추상적이어서 죄형법정원칙에 위배될 수 있으며, 사소한 위험만으로도 무면허의료행위로 처벌하게 되면 비례성의 원칙, 특히 과잉금지 원칙에도 위배될 수 있다. 이러한 비판을 피하기 위해서는 현재 대법원의 의료행위 개념을 축소해석할 필요성이 있지만, 자칫 그 축소해석이 공중(公衆)의 안전보호라는 무면허의료행위 처벌 규정의 입법목적을 충족하지 못하는 법의 공백이 나타날 수 있는 위험성도 함께 가지고 있다. 그래서 현재의 의료행위 개념을 일괄적인 축소가 아니라, “의료인 아닌 자가 의료행위를 함으로써 발생할 수 있는 사람의 생명, 신체나 공중위생상의 위험을 방지”한다는 입법목적에 따라 축소해석할 수 있는 기준이 필요하다.

이 글은 현재 의료행위 개념을 축소해석 할 수 있는 기준을 제시하기 위해서 독일을 중심으로 의료행위 개념에 대한 법제와 학설, 판례 등을 검토하여 그 대안을 모색해보았다.

**주제어:** 의료행위, 무면허의료행위, 죄형법정주의, 비례성의원칙, 인상설

## Der Begriff der Heilkundeausübung nach deutschem Medizinrecht

Seok-Bae Lee

*Prof. Dr. iur., Juristische Fakultät, Dankook Universität*

### =Zusammenfassung=

Der Begriff der Heilkundeausübung ist im positiven Recht in Korea nirgends festgelegt. Der wurde jedoch indirekt durch die Auslegung der Heilkundeausübung ohne Erlaubnis gemäß § 27 Abs. 1 des „Medizingesetzes“ geregelt.

In der Vergangenheit beschränkte der KOGH(the Supreme Court of Korea) die Heilkundeausübung auf die „Behandlung von Krankheiten und stellte fest, dass „medizinische und technische Maßnahmen, die keine pathologischen Symptome oder Funktionsdefizite im Körper voraussetzen, nicht zur Heilkundeausübung gehören.“ Danach änderte der KOGH seine Rechtsprechung auf „Vorbeugung oder Behandlung von Krankheiten durch Durchführung ärztlicher Untersuchungen, Optometrie, Verschreibung, Medikation oder chirurgischer Eingriffe auf der Grundlage von Erfahrung und Fähigkeiten, die auf medizinischem Fachwissen basieren, und anderer Gesundheitsfürsorge, definiert „medizinische Maßnahmen“ als „eine Handlung, die eine gesundheitliche Gefahr darstellen kann, sofern diese nicht von einem Mediziner durchgeführt wird“.

Der Begriff der Heilkundeausübung in der Rechtsprechung ist einerseits zu abstrakt und kann eine Leerformel sein, andererseits kann seine Einschränkung eine Gefahr für die öffentliche Gesundheit erbringen.

Daher besteht Bedarf an einem Kriterium, das dar derzeitige Begriff der Heilkundeausübung entsprechend dem gesetzgeberischen Ziel reduzieren kann, das Risiko für das Leben, den Körper oder die öffentliche Gesundheit von Menschen zu verhindern, das durch die Durchführung medizinischer Arbeiten durch nichtmedizinisches Personal entstehen kann.

Um ein Kriterium vorzustellen, das das aktuelle Konzept der Heilkundeausübung reduzieren kann, werden in diesem Artikel das positive Recht, Theorien und

Rechtsprechung zum Begriff der Heilkundeaübung in Deutschland untersucht und nach einer Alternative gesucht.

Keyword : Stichwörter:Heilkundeaübung, Heilkundeaübung ohne Erlaubnis, Gesetzlichkeitsprinzip, Verhältnismäßigkeitsprinzip, Eindruckstheorie